

# 過失における予見可能性と精神弛緩

## ——重過失概念を手がかりにして——

日 下 和 人

- 一 はじめに
- 二 過失の程度
  - 1 学 説
  - 2 裁判例
  - 3 学説分類と争点抽出
- 三 精神状態考慮の可否
  - 1 過失標準論との違い
  - 2 設例を通しての確認
  - 3 条文（211条1項後段）の五特徴
  - 4 精神状態不考慮説からの説明
  - 5 精神状態考慮説からの説明
  - 6 検 討
- 四 予見可能性と精神弛緩と
  - 1 有無と程度と
  - 2 精神活動の特定度
  - 3 注意資源の配分
  - 4 繰り返される酩酊の扱い
  - 5 判断資料と判断基準
  - 6 非難の3段階
- 五 結 び

## 一 はじめに

旧過失論は、「過失犯の実体を行為者の意思の弛緩という意味責任」に求める。そして、その意思弛緩の有無を「結果の予見可能性の存否によって」決定しようとする<sup>(1)</sup>。このように表現すると、“精神の弛緩こそ過失の実体であって、予見可能性はそれを認定するための資料にすぎない”という印象を受ける。

一方、旧過失論は、過失の中心に予見可能性を据える立場と捉えることもできる。そこでは、予見可能な場合とは「行為者自身が精神を緊張させれば結果の発生を予見することができた」場合であるとされる<sup>(2)</sup>。このように表現すると、逆に精神状態の方が、予見可能性の有無を判断するための基礎資料にすぎなくなる。

旧過失論において、過失の説明概念としてふさわしいのは、精神の弛緩であろうか。それとも、予見可能性であろうか。おそらく発想の起点は、精神の弛緩にあるのであろう。その意味で、過失の実体は精神の弛緩にある。しかし、説明概念としての有用性は、予見可能性の方が優っているかもしれない。

本稿では、説明概念としての優劣という観点から考察を進める。解釈論は説明概念の少なさをも競うべきである。説明概念の節約は、統一的把握を容易にする。検証を容易にする。そのような理由から、“両者併用”という結論だけは避けたいと考えている。

精神弛緩と予見可能性とは、その程度を問題とするととき、分裂することもありえる。精神は著しく弛緩しているが、予見可能性は高度ではないという場合も論理の上では考えられる。予見可能性の捉え方次第では、そのように考えることもできる。そこで、手がかりとして、重過失を素材として考察を始めたい。

## 二 過失の程度

過失の程度に関する議論を参照して、課題を抽出したい。

### 1 学 説

旧過失論者による「重過失」の定義は、2つに分類できる<sup>(3)</sup>。一つは、④予見が容易である（わずかの注意で予見できる）場合と端的に定義する立場である<sup>(4)</sup>。もう一つは、⑤予見容易場面の他に、酒酔い等のために精神の弛緩が著しい場合を付け加える立場である<sup>(5)</sup>。

基準だけを比較すると、④予見可能性基準のみを用いる立場と、⑤予見可能性基準と精神弛緩度基準とを併用する立場との対立に見える。しかし、具体的適用をも考えると、以下の3説に分類できる。

- ①予見可能性基準を採用。酒酔事例は、予見の容易でない場面である<sup>(6)</sup>。
- ②予見可能性基準を採用。酒酔事例は、予見の容易な場面である<sup>(7)</sup>。
- ③精神弛緩度基準を採用。酒酔事例は、精神弛緩の著しい場面である<sup>(8)</sup>。

予見可能性基準を採ったとしても、注意すべき対象の取り方によっては、酒酔事例は単純過失にも重過失にもなる。例として、酔ってホームを歩いていたら、主婦に衝突して線路上に突き落としてしまったという場合<sup>(9)</sup>（【ホーム転落事件】）を取り上げたい。この事例では、行為者が注意すべき対象は、以下のように2通りに考えることができる。

（1）電車の入線時刻 ホーム端の人の有無

（2）電車の入線時刻 ホーム端の人の有無 自分が酔っていること

人は、自分で自分を評価すること（メタ認知）ができる。人は、自分の注意能力をも注意対象とすることができる。“自分は今、酒に酔っている。注意する能力が低下している。誰かにぶつかってしまうかもしれない”という意識は誰もが持ち得る。だからこそ、「引き受け過失」<sup>(10)</sup>という類型が、当然のように認められている。注意能力は、注意すべき項目の1つとなりえる。

予見可能性の程度を判断するための資料となりえる<sup>(11)</sup>。予見を容易にする事情になりえる。

このように考えても、注意能力と注意対象とを混同したことにはならない。人に備わったメタ認知能力は、注意能力を混同することなく対象化することを可能にしてくれる。すなわち、人は、自分で自分をモニターすることができる。この能力は、エラーを防ぐのに役立つという<sup>(12)</sup>。

自分の状態を自己モニタリングすることをも注意対象に含めるのなら<sup>(13)</sup>（2）、予見可能性は、高度になりえる<sup>(14)</sup>（②）。しかし、そのような内部的事情は、注意対象としてふさわしくないと考えるなら（1）、予見可能性は高度とは言えない<sup>(14)</sup>（①）。このような考え方は、予見可能性の判断資料は、外部的な危険徴候だけに限るという立場を前提としている。「行為時に結果発生<sup>(15)</sup>の危険性が高い場合には、結果の予見可能性も大きい」という表現は、この立場を前提としているものと読むこともできる。

酒酔状態は、注意能力低下として把握すると、行為者の予見可能性を低下させる事情となる。注意対象の一部として把握すると、予見可能性を高める事情となる。

以上のような考え方とは別に、酒酔い状態を端的に「著しい精神の弛緩」と把握することも可能である。そして、精神弛緩の著しさを直接の根拠として、重過失を認める立場が存在する<sup>(16)</sup>（③）。この立場は、予見可能性が、高度でなくとも、精神弛緩度が著しい場合は、重過失を認める。精神弛緩度を過失の実体と考え、予見可能性は、それを認定するための資料として用いる。予見可能性の程度には、精神弛緩度の下限を画する機能があるので、その限り<sup>(17)</sup>で予見可能性を利用するのである。

“酒酔”という事実は、過失論の用語を用いて、3通りに翻訳できる。

㊦注意能力が低下するので、行為者の予見は困難となる。

㊧注意対象を拡充するので、行為者の予見は容易となる。

㊨精神弛緩の程度を高めるので、過失の程度は重い。

これらは相互に矛盾するものではない。三つとも並立し得る。しかし、これを強調するかで、重過失の理解も変わる。

④注意対象としての側面を軽視すると、予見は容易でないという立場①につながりやすい。この立場で、さらに⑦注意能力低下という側面にも注目すると、無過失という結論にも至りかねない。一方、④注意対象拡充としての側面を強調すると、予見は容易であるという立場②になる。そして、素直に⑦精神弛緩と把握すると、著しい弛緩ゆえに重過失という立場③になる。

①②③を眺め直すと、②③は、①の修正説と捉えることも出来る。酒酔事例を単純過失とする不都合を回避するために、②③は、別々の方法を探っている。②は、予見可能性判断の資料を拡張して、重過失を導いている。③は、精神弛緩という予見可能性の源泉にまで遡って、重過失の根拠を求めている。予見可能性判断の基礎資料については、①と③とは共通の考え方をしている。すなわち、行為者の精神状態を、基礎資料から除外する。

次に、裁判例は、どのように把握しているのかを概観したい。

## 2 裁判例

重過失裁判例の約30%（74件中22件<sup>(18)</sup>）が「容易に予見」という文言を用いて、重過失を導いている。被告人が酒酔い状態にあった場合であっても、<sup>(19)</sup>「容易に予見」できた状況であったと認定しているものもある。

これだけを見ると、やや予見可能性基準説（②）に有利である。しかし、「酒酔状態における注意能力の低下は、予見を容易にする事情である」と明言するものは見当たらなかった。

何より酒酔い運転や自招酩酊中の殺傷に関する裁判例では、「わずかの注意」や「容易に」という文言は使われない傾向にある。そうだとすれば、精神弛緩度基準説（③）にも、脈はある。

なお、先ほど挙げた【ホーム転落事件】では、心神耗弱に至らない程度の「飲酒酩酊」を認定しつつ、「容易に予見し得る」場合であったと述べてい

<sup>(20)</sup> する。ただ、酩酊事情を取り除いて、外部的な危険徴候だけでも、予見は容易であったと述べているようにも読める書き方をしている。

原因において自由な行為に関する裁判例では、「素質の自覚」という文言がよく登場する。しかし、この文言は飲酒を控える義務を導くために用いられている。予見可能性を容易にする事情としては、扱われていない。

そもそも、判例は旧過失論に立っているわけではない。予見義務・予見可能性・回避義務・回避可能性の4本立てで、単純過失を認定する<sup>(21)</sup>。

そうだとすれば、過失の程度を決定する方法も、複合的であってよいことになる。裁判例の立場を、①②③いずれかの鑄型に、はめ込もうとすること自体、不適切なのかもしれない。

### 3 学説分類と争点抽出

もう一度、表現を変えて、3つの立場を並べてみる。

- ①外部的な危険徴候だけを資料として、予見可能性の程度を判断する。
- ②行為者の精神状態をも資料として、予見可能性の程度を判断する。
- ③精神の弛緩の程度によって、過失の程度を判断する。

これら3説は、分類の観点を変えれば、“①対②③”という形にも、“②対③①”という形にも“③対①②”という形にも整理できる。次のように、3通りに整理できる。

- (1) 内面的な精神状態を考慮するか否かという観点で区別すれば、“①対②③”という形に仕分けされる。
- (2) 予見可能性の判断資料として、内面的な注意能力も含まれるか否かという観点で区別すれば、“②対③①”という形に仕分けされる。
- (3) 過失の説明概念としてふさわしいのは、精神弛緩か予見可能性かという観点で区別すれば、“③対①②”という形に仕分けされる。

この中で、一番事案に即して考察できるのは、(1)の対立である。具体的妥当性の問題に直結するからである。その意味で、一番、理論から離れて

扱うことが出来る。

その次に扱いやすいのは、(3) の対立であろう。素直に考えれば、説明概念の内容を研ぎ澄ますこと(2)よりも、どの説明概念を採用するかという問題(3)の方が、通常は先決問題だからである。

そこで、次節以降(1)→(3)の順序で、検討することにした。すなわち、第三節では、過失の程度判断にあたって、行為者の精神状態をも考慮すべきか否かを考察する。その上で、第四節では、予見可能性と精神弛緩とを比較して、説明概念としての優劣を浮き彫りにしたい。

### 三 精神状態考慮の可否

過失の程度は、外部的な危険徴候の豊富さだけを資料として、判断すべきか。それとも、内部的な精神状態をも考慮して判断すべきか。

#### 1 過失標準論との違い

これから取り組むのは、過失の程度を判断するための基礎資料を、いかに構築するかという問題である。基礎資料構築後に、それを眺めつつ誰の水準で判断するかという問題ではない。

“基礎資料に酒酔状態を含めるべきか”という問題である。“酒酔状態にある人の立場で考えるべきか”という問題ではない。

資料構築前の問題である。資料構築後の問題ではない。

判断資料論である。判断基準論<sup>(22)</sup>ではない。

それゆえ、過失標準論ではない。

#### 2 設例を通しての確認

各説の対立を鮮明にするために、設例を作り道標としたい。

【ホーム転落修正事例】 Xは酔ってホームを歩いていた。ホームは十分に

広く、ホームの端には人はいなかった。昼の時間帯で、列車の本数も少なかった。Aはホーム中央に立っていた。Xに勢いよく衝突され、無理にバランスをとろうとして数歩よろめきホームから転落した。

そこへ、ダイヤ通りでない列車がやって来た。入線放送はなかった。

この設例では、外部的な危険徴候は、充実していない。危険を知らせる外部的信号は豊富ではない。それゆえ、酒酔状態を考慮しないなら、Xにとって、予見は容易ではない(①)。しかし、酒酔状態を内部からの危険信号と考えれば、予見は容易と言い得る(②)。酒酔状態なので、精神弛緩の程度は高い(③)。

“酒酔い”という事情を考慮するかどうかにより、重過失にも単純過失にもなりえる。この内部事情は、過失の程度判断にあたって、考慮されるべきか。

平野博士は、「具体的な場合には結果発生危険性は大きくない場合でも、酔払い運転など精神の弛緩が大きかったときは、重大な過失ということができる。危険が大きくても、やはり予見できなかったであろうといえるからである」と説明する。<sup>(23)</sup>この言葉の用い方では、「危険性」に酒酔い状態は織り込まれていない。酒酔い状態という「行為を危険なものにする事態」<sup>(24)</sup>を除外した上での危険性を考えている。酒酔い状態を除外して、予見可能性を判断している。

もし、上のような理由付けが認められるなら、“酔っ払っていないくても、予見は容易ではなかったから、重過失ではない”という言い方もまた認められてよい。どちらに分があるだろうか。まずは、指針を得るべく条文の特徴を抽出する。

### 3 条文(211条1項後段)の五特徴

解釈論上の指針として、211条1項後段の特徴を、要件・効果・他条文との比較の観点からまとめることにする。それは、次の5つにまとめられる。



- I 《要件／構成要件的文言》 211条1項後段の要件は、「重大な過失により人を死傷させた者も」という表現になっている。

「重大な過失」を、構成要件要素と読むことも可能な規定の仕方がある。

- II 《要件／致死傷一括》 「死傷させた者」という表現となっており、1項においては生命侵害も身体侵害も、同一の法定刑が予定されている。

この区別しない規定の仕方は、181条・214条後段にも見られる。

- III 《効果／上限懲役》 効果は「五年以下の懲役若しくは禁錮又は五十万円以下の罰金」となっている。過失犯に対して、懲役刑を予定することは異例である。重過失による失火・激発物破裂の場合には、懲役刑は科し得ない（117条の2）。

- IV 《比較／断片性》 過失処罰規定のすべてに、重過失処罰規定が付加されているわけではない。

水害や交通については、単純過失と重過失との区別はない（122条、<sup>(25)</sup>129条）。

- V 《比較／注意義務不軽減》 「重過失だけを処罰し、単純過失は不処罰とする」という規定は、281個の刑法条文には1つも見られない。

民法の取引分野で、重過失が要件とされるときは、“単純過失は免責”<sup>(26)</sup>という意味を伴う。それは、調査義務の軽減を意味している。そうだとすれば、刑法にいう重過失は、注意義務の軽減を意味しないことになる。

以上のI～Vと整合性を保つように、「重大な過失」は解釈されねばならない。とはいえ、IIは立法論の必要性を示唆する特徴かもしれない。<sup>(27)</sup>

「重大な過失」の解釈にあたって、酒酔い状態などの精神状態は考慮されるべきか。まずは、考慮すべきでないという立場からの説明を試みてみたい。

#### 4 精神状態不考慮説からの説明

酒酔い状態を考慮すべきでないという考え方は、過失判断の基礎資料を内部的なものだけで構築しようとする立場である。外部的な危険信号の強度が高くなるにつれて、非難の程度も強まるとする見解である。

##### (一) 過失の程度・結果の程度／Ⅰ・Ⅱ

ⅠとⅡとを比較すると、立法者にとっては、重過失・単純過失の区別の方が、死傷の区別よりも、大切であったということが読み取れる。単に重罰化したいだけなら、209条、210条の法定刑を上限だけ引き上げるだけで済んだ。<sup>(28)</sup>

にもかかわらず、そうしなかったのは、結果の程度よりも先に、過失の程度から考察を始めるべきだと考えたからであろう。すなわち、Ⅱ・Ⅰの特徴は、結果の程度以上に、過失の程度を類型化する必要があると、立法者が判断した証と推測できる。

類型化しやすいのは、精神状態という内部的事情よりも、危険信号の強度という外部的事情である。外部的なものだけで基礎資料を構築しようとする姿勢が、過失の程度で構成要件を区別する条文編成に反映されていると評価することもできる。

そうだとすれば、Ⅰ・Ⅱは、精神状態不考慮説と結びつく特徴である。

##### (二) 量的な差／Ⅲ

故意と過失との間には、質的な差があり、それゆえに、過失犯には寛大な法定刑が予定されている。確かに、故意と過失を、“認識”と“不認識”という形で表現し比較すれば、両者の間には、質的な差がある。

しかし、“猛犬の放飼”や“ガス器具の不修繕”のように、外部的な危険信号の強度が著しく大きい場面での心理状態は、そう単純ではない。このような場合、行為者は、危険を抽象的には十分に意識している。それでも具体的な事故には至らないことを漠然と願いながら、漫然と危険行為を繰り返す

のである。

“起こり得る”という心理状態と、“起こりうると思ったが起こらないものと軽信した”という心理過程とを比較すると、その差は紙一重である。質的なものとは言い難い。むしろ、両者の差は量的ですらある。少なくとも、非難の程度に、格段の差を設けるべきではない。

十分すぎる警告的表象に恵まれながら、怠惰な性格に救われて故意を否定される者は、珍しくない。このような身勝手な者の中には、懲役刑が相当である者もいるはずである。<sup>(29)</sup>

懲役刑は、外部的な危険信号が充実している場合の心理過程に対応した法効果と評価できる。そうだとすれば、Ⅲは精神状態不考慮説と結びつく特徴である。

### （三）警戒心を呼び起こす力／Ⅳ

人の注意力には限界がある。あらゆる項目に、常時注意を払うことはできない。注意資源には限界がある。注意の総量は、有限である。どうしても注意の行き届かない項目が発生して、不運なら事故になる。有限だと分かっているなら、有効な配分を目指すことになる。

現行刑法第二編は、人（209・210条）、火（116条）、激発物（117条2項）、往来（129条1項）、水（122条）の5つに、注意項目を絞っている。財産、自由、業務遂行、文書作成には、注意を払わなくてよい。この潔い態度は、現実的で真剣である。すべてに注意を払うことは、すべてに注意しないことと等しい。

ではさらに、どうして、火・激発物（117条の2後段）と人（211条1項後段）とについてだけ重過失処罰規定があるのか。

人や火・激発物は、多くの場面で強い危険信号を発信する。階段上の老人は、それだけで危険信号の衣装にくるまれている。軽く転倒しただけで、大腿骨頸頭骨折を来たして寝たきりになる<sup>(30)</sup>。タバコの火は、それだけで警戒心を呼び起こす。一人の不始末で、ホテル火災に至ることもある<sup>(31)</sup>。

それに比べて、水の発信力は弱い。風呂の残り湯に危険を感じる人は、少ない。けれども、毎年、ほぼ一定の割合で幼児を溺れさせている。<sup>(32)</sup>

往来は、本来危険である。しかし、多くの人は慣れすぎてしまって、わずかの注意では危険を受信できない状態にある。

危険の発信強度が大きくなりえる注意項目(火・人)については、非難の程度も大きくできるようにしておくのが、合理的である。このように考えると、Ⅳは精神状態不考慮説と結びつく特徴であると言える。

#### (四) 注意充当順序の指定／Ⅴ

重過失処罰規定が設けられたからといって、行為者の注意義務の程度が軽減されたわけではない。注意資源有限という点を重視すれば、まず「わずかの注意」を求めてから、しかる後に、「通常の注意」を求めるのが筋であろう。すなわち、重過失処罰規定の方が先行するはずである。しかし、実際の制定・改正過程では、単純過失処罰規定の方が先行している。この立法態度は、何を意図しているのか？

おそらく、限りある注意資源を効率的に振り分けていく方法の指示を狙ったものと考えられる。

重過失処罰規定の存在は、人・火・激発物→往来・水の順番で、限りある注意資源を充当して行くよう指示していると、読み込むことが可能である。まず、人と火・激発物には、わずかの注意を優先的に振り向けるように要請している。こうすれば、少ない注意量であっても、大きな事故防止効果を得ることができる。特徴Ⅴは、各項目ごとの発信強度に応じて、きめ細かな注意充当順序を指定したものと解釈できる。Ⅴは、外部的発信強度に応じた効率的配分を指示したものであり、精神状態不考慮説と結びつく特徴である。

〔小括〕 Ⅴ特徴を、精神状態不考慮説の立場から説明することは可能である。

“危険信号の強さに応じた程度の注意を要求し、それに応じて非難

を高めるべきである”という原則を立てれば、5 特徴との整合性を保てる。

外部的な危険信号の強さは、<sup>(33)</sup>確かに過失の基礎を提供する。

## 5 精神状態考慮説からの説明

精神状態を考慮する立場からも、条文の 5 特徴は説明できる。前款で述べたことに対する反論の形で、順に検討する。

### （一）構成要件の文言／I

確かに、外部的事情の方が、内部的心理状態よりも類型化しやすい。しかし、相対的に類型化が困難だからといって、類型化されないとは言えない。内部的心理状態でも、責任の実体を表わすのに適していれば、類型化されることは十分にありえる。現に、故意は心理状態であるが、類型化されていると見る説（構成要件の故意を肯定する説）も有力である。

精神状態を考慮すべきでないと主張するならば、その見解は、故意が外部的事情により認定されているという実務に影響された考えとも評し得る。しかし、その実務でさえ、故意を外部的要素と見ているわけではない。

I は、精神状態考慮説とも結びつく特徴である。

### （二）死傷一括／<sup>(34)</sup>II

危険度が高くなるにつれて、行為から生じる結果が傷害にとどまるか否かは、より一層偶然に左右される。制御ミスが事故原因となることが多くなるからである。このような場合に、死について予見可能性の有無を問われても、判断は難しい。

傷害の予見可能性があるときは、死の予見可能性は肯定も否定もしきれるものではない。<sup>(35)</sup>かような困難な判断を不要にするために、死傷を区別しない条文を置いたと見ることも不可能ではない。<sup>(36)</sup>すなわち、傷害についてのみ予見可能な場合であっても、死亡という加重結果を行為者の責に帰せしめる<sup>(37)</sup>条文と把握することも可能である。

死傷を区別せずに“人身”という一括法益を設定したと見ることもできる。実際に作業するときには、注意項目は「人」であって、「生理的機能」や「生命」ではない。むしろ事故の実態には即していると思われる。

一括したのは、結果がより偶然に左右されやすいからであろう。そして、結果が一層偶然に左右されるのは、精神を著しく弛緩させてコントロールを放棄した場合である。少なくとも、外部的危険徴候の充実よりも、精神弛緩の方が、より偶然性を増幅させると思われる。<sup>(38)</sup>

Ⅱは、むしろ精神状態考慮説と結びつく特徴である。

### (三) 内発的な規範意識の促進／Ⅲ

過失犯に懲役はふさわしくないという考えは、根強い。なぜだろうか。

過失犯は、日常生活の中で生じ得る。不注意な人間が過失犯を何度も繰り返して、そのたびに責任に見合った軽い刑罰を受けて清算済みになるのでは、社会としては背負いきれない。特に「認識のない過失では、刑罰で威嚇された行為は意識しないのであるから、その威嚇はいわば行為者の周辺を無益に通過するのみである」。<sup>(39)</sup> 本当に法益を保護するためには、威嚇抜きで、行為者自身の意思で、継続的に注意深くなってもらわなければならない。

「人は、外部から強い圧力を受けずにある行為をするを選択すると、その行為の責任は自分にあることを認めるようになる」と言う。一方、「強く脅せば、その時は承諾させられる」が「長期間に及ぶコミットメントを生み出すことはない」という。<sup>(40)</sup> この心理学的知見が正しいなら、<sup>(41)</sup> 重い刑罰は、他律性を意識させ規範意識の芽生えを妨げる。すなわち、“自分の意思で注意深くしている”という感情の芽生えを阻害することになる。

軽く処罰しておけば、その差額分だけ、被告人の心理は自由を得る。その後、彼が慎重な生活行動を選択するなら、それは、差額分だけ自律的に見つけた規範に従っていることになる。人は、自分で見つけたものには、愛着を感じやすい。そうなれば、注意深い行動を進んで取り続けるものと期待できる。<sup>(42)</sup> 内発的な注意は質が高く、長期にわたって持続する。

もし、裁判官が、受刑後被告人は慎重な行動を自ら選択すると確信するのなら、刑罰はできるだけ軽い方がよい。社会心理学的には、「行動を含み、公にされ、努力を要し、自分がそうしたかったのだ（強制されたのではない）とみなされるコミットメントが最も効果的である」という。被害弁償は、計算ずくでも、これらの要件を充たすときがある。

禁錮刑は、懲役刑よりも他律性が弱い。それで、過失犯には禁錮刑が妥当と考えられたのではないか。懲役刑は、自己規範醸成を邪魔するのである。そうだとすれば、自己規範形成の期待できない者、軽く処罰するとかえって不注意を助長してしまう者には、懲役刑を科し得ることになる。過失犯を繰り返す（自招責任無能力での殺傷事件に多い）場合や、確信的慢性的に放恣な生活が過失犯として現実化した場合には、懲役刑もありえる<sup>(43)</sup>。

Ⅲは刑事政策的考慮によるものであり、精神状態を考慮するか否かの対立とは関係がない。そう考えることも、可能である。

#### （四） 要保護性の高さ／Ⅳ

確かに、火や人は発信強度が高い。しかし、それだけが、火や人の特徴ではない。法益としての価値が高いという特徴もある。このように価値の高い注意対象について、行為者が実際に払った注意を、その多寡にかかわらず、“水準以下”として一括する（単純過失一本で条文化する）なら、そのような立法はやや荒い印象を与える。価値が高い分だけ“水準以下”が持つ意味の幅が広くなり、2つに区分する必要性を感じさせるからである。かような2区分の必要性が意識されて、重過失処罰規定が後から設けられたものと考えられる<sup>(44)</sup>。

もし、このような見方も可能であるなら、特徴Ⅳは、精神状態考慮説とも結びつくことになる。

#### （五） 不軽減／Ⅴ

確かに、注意資源が有限であるなら、充当順序の指定には意味がある。しかし、重要な注意対象に対しては、いきなり通常の注意を注ぐ方が、むしろ

認知的負荷は小さいと思われる。

そもそも、あれもこれも注意しなければならない状況で、効率的に注意資源を分配するという高度な指示を刑法が与えるだろうか。むしろ、重過失規定は、認知的負担を惜しんで、注意資源を十分に活用しない傾向を持つ人の特性を強く禁圧する条文ではないか。刑法は、生理的側面よりも病理的側面に介入するものであるとすれば、後者の解釈の方が素直である。

そう考えれば、Vは精神状態考慮説を排斥するものではない。

〔小括〕 5特徴は、精神状態を考慮する立場からも説明できる。条文解釈では、決着はつかない。6款で、今度は実質的観点から、両基準の優劣を検討する。

## 6 検 討

条文上どちらも成り立つのであれば、実質的により妥当な方を選択すべきことになる。実質面で差がないのなら、伝統的な考え方に影響の少ない方を選択すべきである。他の制度と摩擦を起こさない方を選択すべきである。

以下の3つの理由から、精神状態も基礎資料として考慮すべきである。

(1) 「人は、エラーをしてはいけないところではエラーをしないように気をつけて行動する。これが、自己モニタリング(自己調整)に他ならない。自己モニタリングが完璧にできるなら、ヒューマン・エラーは防げるが、そうはいかない。」<sup>(45)</sup> そうだとすれば、自己モニタリングは、なるべく奨励し、その度を越える懈怠は非難した方がよい。自己モニタリングを著しく怠ることは、非難を加重する事由とすべきである。特に、無謀さを重く非難したいのであれば、非難加重事由とするのが素直な対応である。

(2) 危険の受信能力・制御能力を基礎資料として考慮しないのであれば、「引き受け過失」という類型を説明することが困難となる。



一方、精神状態の考慮を認めると、自招責任無能力による殺傷行為<sup>(46)</sup>の説明が、かなり楽になる。<sup>(47)</sup>

- (3) 208条の2は、「制御する技能を有しない」ことを基礎づける事実の認識を要求している。すなわち、自己モニタリングを可能ならしめる事実の認識を、非難を強める要素と考えている。そうだとすれば、刑法が行為者に自己モニタリングを期待することは、それほど異例なことではない。さらに、行為者自身の精神状態を基礎資料として考慮することも、それほど異例なこととは言えない。

〔結論〕 受信感度、判断能力、制御能力に影響する精神状態もまた、過失の程度判断にあたっては、基礎資料として考慮すべきである。

では、そのような精神状態は、予見可能性の程度を判断するために、資料として間接的に考慮すべきであろうか。それとも、精神弛緩の程度を反映するものとして、ストレートに考慮すべきであろうか。節を改めて検討する。

#### 四 予見可能性と精神弛緩と

内部的な精神状態は、予見容易性判断の資料として取り込むべきか。それとも、そのまま著しい精神弛緩の反映と把握するべきか。

##### 1 有無と程度と

平野龍一著『刑法概説』（1977）をひもとくと、過失と無過失との限界を述べた箇所に、次のような一節を見出す。

「行為自体には実質的な危険がないのに、突然人が飛び出してきて轢いてしまったときは、たとい精神の緊張を欠いていた場合でも、過失があるとはいえない。なぜなら、このような場合は、精神を緊張させていたとし

てもやはり結果の発生に気がつかずに轢いたであろうといえるからである。したがってまたこの実質的な危険は、客観的予見可能性といってもよい。実質的な危険がない場合には、一般人を標準として客観的に判断しても、予見可能とはいえないからである。<sup>(48)</sup>」

そこから、数頁あとには、重大な過失についての記述が載っていて、そこには、次のように書かれている。

「……具体的な場合には結果発生 of 危険性は大きくない場合でも、酔払い運転など精神の弛緩が大きかったときは、重大な過失ということが出来る。危険が大きくても、やはり予見できなかったであろうといえるからである。<sup>(49)</sup>」

平野博士は、過失の有無と過失の程度とでは、説明概念を変えているように見える。すなわち、“有無については客観的予見可能性という概念を用い、程度については精神の弛緩という概念を用いている”ようにも読める。

平野博士も指摘されている通り、精神弛緩だけでは、過失と無過失とを区分けすることはできない。“緊張すべきときに、精神を弛緩させていた”というように、状況との関連が認められて、はじめて過失が基礎づけられる。

精神弛緩という言葉には、前段の“緊張すべきときに”という意味が含まれていない。それゆえ、過失と無過失とを区別する機能に欠ける。そして、前段の“緊張すべきとき”とは、“予見可能なとき”という表現と、意味の上では、ほぼ一致するであろう。

精神弛緩は、過失犯に共通する要素としては、ふさわしいものかもしれない。しかし、過失犯だけに認められる要素とは言えない。過失の必要条件ではあるが、十分条件ではない。十分性を獲得するためには、予見可能性という概念とセットで用いる必要がある。有無判断においては、予見可能性概念は必須である。この概念は、“精神を弛緩させていてはならないとき”を表すものとして、有用である。

では、程度については、どうだろうか。ひとたび過失の存在が認められた

なら、もはや予見可能性概念など不要であるとも考えることもできる。

2 款以降は、程度判断において有用なのはどちらかについて考える。

〔小括〕 有無判断においては、予見可能性の方が有用である。精神は弛緩しているが、無過失という場合もあるからである。

## 2 精神活動の特定度

酔ったからといって、精神活動のすべてが一律に低下するわけではない。急性アルコール中毒の場合は、血中濃度が増加するにつれて、高次機能から順に低下していく。まず抑制がとれて、本来の性格が立ち現れる。大脳皮質前頭前野の機能低下に基づくと説明されている。また、認知・知覚・記銘力が低下して、痛みに鈍くなる。頭頂葉・後頭葉・側頭葉の皮質機能低下によると説明される。次に、運動失調を来す。小脳の機能抑制によると説明される。そして、血中濃度が0.4%（400[ $\text{mg/dl}$ ]<sup>(50)</sup>）を越えると、呼吸が停止する。脳幹にまで作用が及んだためと説明される。

高次機能から低下していくとすれば、判断能力・認知能力・知覚能力→運動機能→生命維持活動の順で、麻痺していくことになる。

もし、以上の諸能力が、注意能力や責任能力に対応しているなら、注意能力は低下しているが責任能力は通常という場合も十分ありえることになる。すなわち、旧過失論のいう注意能力が知覚能力・判断能力に対応しているとも考えることもできるかもしれない。弁識能力・制御能力が判断能力・運動機能に対応しているとも考えることもできるかもしれない。そうだとすれば、注意能力低下の程度と責任能力減弱のそれとが、一致しないのは、当然のこととなる。

「精神弛緩」というだけでは、どの精神活動を指しているのかわからない。精神活動を特定する力に欠ける。その結果、注意能力が責任能力よりも広い概念になってしまうおそれがある。すなわち、責任能力が減弱するときは、

必ず注意能力も低下することになりかねない。しかし、裁判例の中には、“心神耗弱を認めながらも、注意能力の低下を認めなかった”とも読めるものがある。<sup>(51)</sup>

それと比べて、「予見可能性」概念は、精神活動の中でも、特に予見に必要なそれを問題としている。その点で、特定性は強い。旧過失論に立つなら、危険徴候を認識する能力やそれらを結果へと連想する能力が、着目すべき精神活動の主たるものとなろう。そして、それに、自己モニタリング能力も加えることができる。

そうだとすれば、次のような精神状態もありえることになる。

“危険徴候を認識することは困難だが、自分の酩酊状態を考慮に入れて結果を連想することは簡単にできた。しかし、仮に予見したとしても、それを重く受け止めて、危険行為を抑えることは著しく困難であった。”

この場合は、注意能力はあるが、責任能力は減弱していることになる。重過失を肯定しつつ、心神耗弱を認定することが可能となる。

〔小括〕「予見可能性」概念は「精神弛緩」よりも、精神活動を特定している点で、優れている。その結果、注意能力と責任能力との区別を少しだけ容易にする。

### 3 注意資源の配分

弛緩という言葉は、やや誤解を招きやすい。緊張し過ぎて失敗する人は、精神が弛緩しているわけではない。注意資源の配分が不適切なのである。

「精神弛緩」という言葉は、注意資源総量の不足をイメージさせる。それと比べて、「（結果の）予見可能性」という言葉は、注意資源の振り向け先を特定・指示している。法益侵害に関連する項目への傾斜配分を指示している。<sup>(52)</sup>

ヒューマン・エラーの実態に即応しているのは、予見可能性概念の方である。もっとも、“結果発生に対する精神の弛緩”という言い方をするなら、精神弛緩概念が劣っているとは言えなくなる。ただ、このような表現はあまり見られない。

#### 4 繰り返される酩酊の扱い

同じミスであっても、一度目と二度目とでは、非難の程度が異なる。同じ程度の精神弛緩であっても、最初の酩酊と再度の酩酊とでは、後者の方がより強く非難されるはずである。

そうだとすれば、酩酊による精神弛緩を扱う際には、まず予見可能性の判断資料として精神弛緩状態を取り込むという手続を踏む方がよい。そうすれば、1度目か2度目かに応じて、予見の容易性を変えることができる。もし、精神弛緩の程度をそのまま過失の程度とするのであれば、1度目も2度目も、同じ程度の過失として判断されかねない。

#### 5 判断資料と判断基準

酩酊した場合、自己モニタリングを要求するなら、①予見可能性を判断するための資料が充実する。その一方で、②行為者を基準とすると、その資料を予見へとつなげることは困難となる。

①“自分は酔っている”という事実を意識することの難易度と、②“人を傷つけてしまうかもしれない”と連想することの難易度とは異なる。例えば、前頭葉に障害を受けると、状況把握力を少し失う場合もあれば、先読み<sup>(53)</sup>の力が鈍る場合もある。両者は、病態を異にする。

①判断資料構築と②容易性判断とを分けると、きめ細かい対応ができる。予見可能性概念を用いて、その判断を2段階に分ければ、通常は“酩酊により、過失の程度が①では高まり②ではやや低下する”という過程を踏むことになる。

一方、精神弛緩概念を用いると、①と②とを一括して扱うことになりかねない。その結果、「彼は日頃からうっかり者で、こんなことをしでかすのはあたりまえだ<sup>(54)</sup>」という思考に至りやすい。

“弛緩しているのは行為者にとって当たり前” という場合でも、行為者に自覚がある場合は、その自覚を①判断資料として加算するという対応が可能である。判例は、薬物・酒・睡眠不足による自招限定責任能力の事案で、よく「自覚」という文言を用いる。これは、自己モニタリングの契機が十分であったことの指摘とも読める。かような契機を無理なく資料とすることを導くのは、予見可能性概念である。

## 6 非難の3段階

予見可能性を用いると、単純過失→重過失→故意という順に非難が強まっていく様子を連続的に描写できる。すなわち、予見可能性が存在すると単純過失となり、予見が容易であると重過失となる。さらに、結果を予見している<sup>(55)</sup>場合は、故意となる。

一方、精神弛緩概念を用いると、重過失が故意よりは軽く、単純過失よりは重い犯罪形式であることを連続的に説明できない。この立場では、精神弛緩が著しくなるにつれて、過失の程度は重くなり、やがて重過失の類型に該当するに至る。ここまでは問題ない。しかし、さらに精神弛緩が極限にまで達した場合には、そうだからといって、故意となるわけではない。むしろ、故意の心理状態からは遠ざかっている。

精神弛緩概念は、過失の程度を説明することには一応成功しているが、無過失との境や故意との境を説明することができない。予見可能性は、“有無” “容易性” “実際の予見” という言葉と組み合わせたり対照させたりして、無過失との境、程度、故意との境を説明できる。

〔四節の結論〕 以下の6つの理由により、説明概念としては、予見可能性

の方が優れている。それゆえ、精神状態は、予見可能性判断の資料として、取り込むべきである。

- ①無過失との境を、説明できる。
- ②注意能力と責任能力との区別を小さく可能にする。
- ③注意資源の不適配分を意識させてくれる。
- ④繰り返される失敗を重く非難できる。
- ⑤非難を重くする側面と軽くする側面とを峻別して判断できる。
- ⑥故意との境を説明するときにも、利用できる。

## 五 結 び

脳は、入力（認識）→計算（判断）→出力（運動）という過程に関与する。人を傷つけないためには、事実を認識して、それに合わせて事実の経過を判断する注意能力が必要である。さらに、評価的判断を下して、それに合わせて行動する責任能力も必要である。<sup>(56)</sup>

前者の能力のみが減退している状況で人を傷害すると、単純過失の類型に当たる。後者の能力のみが減退している状況なら、重過失の類型には当たらないが、刑が減輕されることになる。このような処理は、“事実面の錯誤に寛容で、評価面の錯誤に冷徹”な刑法学の態度と平仄が合っている。

精神活動を分析的に取り扱うためには、「予見可能性」概念の方が、「精神弛緩」概念よりも優れている。少なくとも、旧過失論を採る限り、予見可能性の方が、説明概念として優れている。

- (1) 町野朔『刑法総論講義案Ⅰ〔第二版〕』（1995・信山社）256～257頁。
- (2) 曾根威彦『刑法の重要問題総論〔第2版〕』（2005・成文堂）181頁。
- (3) 山口厚『刑法各論 補訂版』（2005・有斐閣）66頁7行目～19行目。
- (4) 曾根威彦『刑法各論〔第三版補正三版〕』（2006・弘文堂）37～38頁。

山口厚『刑法各論 補訂版』(2005・有斐閣) 65～66頁。

- (5) 平野龍一『刑法概説』(1977・東京大学出版会) 89頁。

町野朔『刑法総論講義案〔第二版〕』(1995・信山社) 265～267頁。特に(3)。

西田典之『刑法各論 第四版』(2007・弘文堂) 59頁。

ただし、「酩酊等の著しい注意義務違反」を根拠とする。“精神の弛緩が大きい”というフレーズは出てこない。

内藤謙『刑法講義総論(下) I』(1991・有斐閣) 1159～1162頁。

ただし、酩酊の場合も予見可能性が高い場合に吸収し得るという趣旨の記述が見られる。分類に迷ったが、叙述の仕方に重点を置いて㊸に分類した。理論的には、㊸に分類すべき見解である。

- (6) この立場を採ることを明らかに主張する論者はいない。ただ、論理的には十分にありえる立場であると思う。

なお、内藤・前掲注(5) 1162頁は、新過失論ではこの酒酔事例を「重過失として理解することが困難になるように思われる」と指摘する。

- (7) 内藤謙『刑法講義総論(下) I』(1991・有斐閣) 1161頁。

「…行為者の責任に関する具体的事情(たとえば酩酊状態)からして結果発生を容易に予見しうるのに予見せずに行為に出て、結果を発生させたときも、意思の緊張の弛緩が大きく、それだけ注意義務違反の程度が著しいとして重過失を認めることができる。」

曾根威彦『刑法各論〔第三版補正三版〕』(2006・弘文堂) 37～38頁。

山口教授の立場は、①か②か判然としない。

- (8) 平野龍一『刑法概説』(1977・東京大学出版会) 89頁。

町野朔『刑法総論講義案〔第二版〕』(1995・信山社) 267頁(3)。

西田典之『刑法各論 第四版』(2007・弘文堂) 59頁参照。

西田博士はおそらく、この立場であると予想される。括弧書きで平野89頁と示されているからである。少なくとも、酒酔事例は「結果の予見が可能であるにすぎない」場合であるという記述が見られる。

- (9) 東京地判昭56・03・11判時998号131頁。

- (10) 古川伸彦『刑事過失論序説』(2007・成文堂) 218頁注(43)、221頁注(56) 参照。

「すなわち、行為者の、一連の活動を安全に遂行する能力の低さにかんがみて、その活動を開始した時点へ遡れば、すでに法益侵害の危険が現存する場合もありうる。そして、その危険の認識可能性が認められるかぎり、その活動をひかえること



による危険消滅が期待される。これが、いわゆる引受け過失の判断の実体である。」

- (11) 内藤・前掲注（5）1162頁は、自招酩酊による心神喪失について次のように指摘する。

「行為者の責任に関する具体的事情（危険な素質の自覚）を考慮するとき、結果発生を容易に予見しえたこと、したがって、結果発生を容易に回避しえたことが肯定されて、重過失を認めうるといえよう。」

- (12) 海保博之『人はなぜ誤るのか』（2006新装版・福村出版）166～182頁。

梅田聡『「あっ、忘れてた」はなぜ起こる——心理学と脳科学からせまる』（2007・岩波書店）26頁・53頁・90頁。

年をとっても、社会生活に必要な記憶は衰えないという。それは「壮年は社会生活を通して、自らの記憶力の限界を認識しており、記憶補助を効果的に用いる」からであると分析している（25頁）。逆に言えば、社会経験の少い若年者でも、セルフモニタリングを実践して、手帳・カレンダーのような記憶補助を定期的に参照すれば、「し忘れ」をさらに少くできる。

- (13) 山口厚『刑法各論 補訂版』（2005・有斐閣）66頁。

「酩酊等により、注意能力が減退する場合には、結果を予見して回避することが困難になることが容易に予測されるから、この意味では、予見可能性の程度が大きくなり、この意味で重過失を構成するに至るともいえる。」

- (14) 町野朔『刑法総論講義案Ⅰ〔第二版〕』（1995・信山社）267頁は、「行為者が容易に結果を予見しえた場合」とはいえないが、「精神の弛緩の程度が大きい」場合の例として、このホーム転落事件を挙げる。ただし、町野教授の立場は①ではない。

- (15) 町野朔『刑法総論講義案Ⅰ〔第二版〕』（1995・信山社）265頁13行目。

- (16) 山口厚『刑法各論 補訂版』（2005・有斐閣）66頁は、③の立場を次のように評価する。

「…『精神の弛緩』の程度の大きさを直接的な理由とする場合には、行為者に対する特別予防の必要性の高さが刑の加重要因となるとする考え方を前提とすることになろう。」

- (17) 平野龍一『刑法概説』（1977・東京大学出版会）89頁。

「…結果発生の危険が大きいときは、それにもかかわらずこれを予見しなかったときは、それだけ精神の弛緩も大きかったのであるから過失は重大であったということが出来る。」

- (18)『刑事判例索引集 刑法編(2)(3)』(新日本法規出版株式会社)を用いた。  
117条の2関連で88件、211条後段関連で110件掲載されている。この中から、業務との区別・手続法違背・故意の有無だけしか問題となっていないものは、除外した。

また、1980年以前の 高検速報は内部資料のため、調査していない。

なお、判決単位ではなく、事件単位で数えている。

「たやすく予見」のような同義語もふくめてカウントした。

サンプルを増やすために、重失火罪の裁判例も取り入れてある。

重過失の意義が問題となっているものを選択するにあたって、以下を参考にした。

『大コンメンタール刑法 第二版』第7巻(2000・青林書院)〔川上拓一〕128頁～137頁(特に136頁)。

『大コンメンタール刑法 第二版』第11巻(2002・青林書院)〔村上尚文〕121頁～128頁。

- (19) なお、最近の裁判例となるにつれて、比率は高くなる。

1945年～1960年：18% (5/28)

1961年～1980年：33% (11/33)

1981年～2000年：46% (6/13)

- (20) 東京地判昭56・3・11 判時998号131～134頁。

- (21) 最決昭和42・5・25 弥彦神社事件判決。

- (22) 資料と基準とを分けることは、過失犯論においても特異ではない。

松宮孝明『刑事過失論の研究〔補正版〕』(2004・成文堂)160頁参照。

「その意味では、ひょっとすると折衷説は『判断の基礎』と『判断の基準』とを混同しているのかもしれない。」

- (23) 平野龍一『刑法概説』(1977・東京大学出版会)89頁。

- (24) 平野龍一『刑法総論Ⅰ』(1972・有斐閣)196頁。

もっとも酩酊運転と酩酊歩行とでは、酩酊が危険を高める度合いが格段に違うであろう。

- (25) 松宮孝明『過失犯論の現代的課題』(2004・成文堂)76頁には、1941年に業務上失火罪が重過失失火罪とともに導入された結果、以下のようなアンバランスが生じたという指摘がある。

「その結果、同じく公共危険犯とされながら、失火罪には加重規定で自由刑が規

定され、過失濫水罪（122条）は罰金のみで残されるというアンバランスが生じた。」

(26) 道垣内弘人「『重過失』概念についての覚書」平井宜雄先生古稀記念『民法学における法と政策』（2007・有斐閣）547～548頁参照。

この論文では、保険契約、法人機関、表見法理、意思表示、訴訟手続、責任免除特約、失火法、事務管理等について制定法上・判例上の重過失概念を整理している。道垣内教授によれば、「行為者の負っている注意義務の程度を考慮に入れるか否か」で重過失の意味が変わる。考慮に入れるなら、行為者の負っている「注意義務の程度と、実際になされた注意との差」が問題となる。考慮に入れないなら、「ほとんど故意に近い」ということが重要な要素となり、「わずかな注意さえすればたやすく」予見できることが要件となる。

この論文を読んで、多数のファクターがあることを知った。拾い読みしながらメモしていくと、以下ようになった。

- ①故意を立証する困難さを緩和するため。
- ②注意義務の程度が高い。／より多くの注意が要求されている。
- ③軽過失による損害であれば頻度を予測でき、予め原価に含めて回収できる。
- ④調査義務を軽減する。
- ⑤業務執行の萎縮を防ぐ。
- ⑥経験豊かで能力も高い。
- ⑦職務規範に従っても、なお損害の生じる場合を除外するため。
- ⑧損害が意外にも大きく、行為者も損害を受けている場合が多い。（失火法）
- ⑨「よきサマリア人」を奨励するため。（民法698条）

危険分配（①⑦⑧）、期待大（②⑥）、自衛可能（③）、萎縮防止（④⑤⑨）という観点は、刑法学でも既に指摘されている。しかし、この論文を読み進んでいくうちに、すなわち29頁にわたって次から次へと各制定法を見せられると、これらの言葉の風景がかなり変化した。

道垣内弘人「重過失」法学教室2004年11月号36頁の数直線を見れば、問題意識を手早く理解できる。

(27) 平場安治＝平野龍一編『刑法改正の研究 2 各則』（1973・東京大学出版会）296頁。

平野博士は、業務上過失についてではあるが、次のように指摘している。

「業務上過失の場合は、致死と致傷とが区別されていない。これは、業務上の行

為は危険な行為であり、たまたま傷害の結果しか生じなかったとしても、それはいわば『致死未遂』なのであって、致死の結果が生じた場合と、情状において大差はない、という理由によるものであろう。そのこと自体は理解できる。

しかし結果が死か傷かは、やはり大きな違いであるから(とくに業務上過失を廃止する場合には)、別に規定することも考慮するべきである。」

- (28) 重過失致死傷罪は、1947年に新たに追加された規定(11月15日施行)である。審議段階(8月13日)で、松井道夫委員から、過失を区分せずとも法定刑引き上げだけで対応できるという趣旨の発言がなされている。

第一回國會參議院司法委員會議録第13号(8月13日)17頁第2段。

○松井道夫君 それから、過失を軽過失と重過失に分けるということも、刑法上余りないのではないかと存するのであります。私はこういう場合にはどうしても三年にしなければならんということならば別でありますけれどもその前の條文の第二百十條で「過失ニ因リ人ヲ死ニ致シタル者ハ千圓以下ノ罰金ニ処ス」とありますのに加えまして、二年で我慢できるならば、「二年以下ノ懲役又ハ千圓以下ノ罰金」、こういうようにすべきだと思います。

なお、この発言の狙いは、業務上の重過失を業務上の単純過失よりも更に重く罰すべきであると主張する点にある。そのため、法案の上限は3年なのに、「2年」を仮定して発言している。この質問に対応した國宗榮政府委員の答弁中には、次のような一節がある。

○政府委員(國宗榮君) それからこの「重大ナル過失ニ因リ人ヲ死傷ニ致シタル者亦同ジ」というものを加えましたのは、人の身体並に生命に対する保障を厚くしたいという趣旨にあるのであります。

- (29) 藤木英雄「過失犯と懲役刑」刑政76巻4号(1965)17頁参照。

「第二に個々の結果に対する関係では必ずしも未必の故意ありとは言えないとしても、自動車運転上安全保持のための基本的な事項を遵守しない無謀、軽卒な運転態度については、多くの場合、自動車事故の発生の高度の危険を醸成することについての認識、いわば危険の故意がともなっているとみるべきである。」

- (30) 東高判昭57・08・10:自転車けんけん乗りで、横断歩道に進入したら、横断歩行中の婦人(69歳)に衝突して、転倒させてしまった。

もともと第1腰椎圧迫骨折と変形性脊椎症とを有する婦人であった。

東地判昭61・03・11:急な坂道でバイクを押しながら歩いていたら、婦人(78歳)と接触して、転倒させてしまった。加療期間6ヶ月。

重過失を否定して、管轄違いの判決を下した。

閉経と無縁な男性であっても、階段だったらこの程度ではすまない。

- (31) ホテルニュージャパン火災事件 最決平5・11・25。

- (32) 1～4歳までは、洗濯機、浴槽、水洗トイレが、溺死の原因となる。

「不慮の事故」として一括して扱われるので、溺死のみの統計は調べられなかった。

- (33) 『横浜市立大学医学部付属病院の医療事故に関する事故調査委員会報告書』(1999)は、予見可能性基準説の立場で、事故原因を調査しているように読める。各医師・各看護師ごとに、どれだけの危険徴候に接していたかを報告している。患者の取り違えを知らせる危険信号がどれだけあったかを、各人ごとに、調査し列挙している。それも認識されたものを並べている。

甲斐克則『医事刑法への旅Ⅰ』[新版](2006・イウス出版)142～143頁には、危険を知らせる予兆が整理されて抜粋されている。

- (34) 町野朔「IV過失傷害・過失致死の罪」小暮得雄等編『刑法講義各論』(1988・有斐閣)56頁では、業務上過失致死傷罪が死と傷とを区別していないことから、「業務」は、「生命に対する類型的危険行為に限定すべき」であるという主張を導く。

「刑法211条が死傷の結果を区別せず一律に重い法定刑を規定しているのも、生命に危害が及びうるような行為を行ったが傷害の結果にとどまった場合であっても、死の結果が生じた場合と実質上区別する必要がないという考え方によるものだからである。」

- (35) 食中毒の場合には、特にそう言える。

坂東三津五郎事件（最決昭55・04・18）において、最高裁は、業務上過失致死罪を認めた原判決を是認した。そして、原判決は、判決中で、過失致死罪の予見可能性は、「傷害の点すなわち被告人が被害者にふぐの肝料理を提供することによって被害者がふぐ中毒症状を起すことについて存在すれば足り、致死の点すなわち被害者がふぐ中毒症状を起して死亡するに至ることについてまで必要とするものではない」と説示している。

もちろん、最高裁がこの部分まで含めて是認したと考えることは、無理である。

古川伸彦『刑事過失論序説』(2007・成文堂)248～250頁注(14)は、原判決説示部分について以下のように評価している。

「たしかに一般論としては明らかに誤りであろう。」

- (36) 181条・213条・214条も致死と致傷とを区別していない。性的暴行も堕胎も、も

ともと身体の特定位位への攻撃・侵襲が目的となっているので、目的外の身体侵害が傷害にとどまるか否かは、一層偶然的であると思われる。目的実現に埋もれて、目的外の身体侵害は実感の乏しいものとなり、過小評価されやすいのではないか。少なくとも、金品を目的とする強盗よりは、身体への攻撃は、別個の攻撃として意識されにくく、コントロールを失い、その結果は偶然的になりやすいと想像される。

(37) 佐伯仁志「刑法総論の考え方・楽しみ方第16回」(法学教室2005年12月号)41～42頁は、判例のような過失不要説に立っても、過失致死罪を過失致傷罪の結果的加重犯と理解することは認められないと指摘する。

(38) 第48回国会参議院法務委員会議録第23号(昭和40年5月25日)。

1968年の法定刑引上げに至る過程でも、質疑の対象となっている。

○稲葉誠一君 …死傷で、傷害と致死とこれと一緒にしているのはどういうわけなんですか。

○政府委員(津田實君) …業務上過失によりまして人を死傷をいたした結果というものは、…かなり偶然である場合が多いわけで、そういう意味におきまして、これを本質的に分けることは相当でないという判断から一つの条文になっておるものというふうに考えておるわけであります。

○稲葉誠一君 そうすると、結果の発生がかなり偶然的だというのは、致死の場合と傷害の場合とで行為者の責任ということは関係ないいろいろな事情というものが相当大きく発生してくるんだと、こういう意味になるんですか。

○政府委員(津田實君) …まあ例を申せば、人体に自動車の触れた場所によって結果が非常に違うということがあり得るわけです。

したがって、その触れる場所がどうかという問題についてまでの状況においては、過失の程度は同じであるということもあり得るわけです。ただ結果が違うということになるわけであります。

なお、法律として成立したのは、第58回国会(1968)である。

(39) 田宮裕「過失に対する刑法の機能」『日沖憲郎博士還暦祝賀過失犯(1)』(1966・有斐閣)344頁；同『刑事法の理論と現実』(2000・岩波書店)104頁。

(40) ロバート・B・チャルディーニ『影響力の武器—なぜ、人は動かされるのか』(1991・誠信書房)109～114頁。

コミットメントとは、ある決定を下したり、ある立場を取ったりすることである。自発的なコミットメントは、それと一貫した行動を誘導しやすいという。

ひとたび、馬券を買ってしまうと、その馬が勝つ確率を高く見積もる。

ひとたび、小さい要求に承諾すると、大きな要求まで不当とは思えなくなる。

- (41) 罰の脅しが小さい方がかえって禁止事項は守られるという結果を導いた実験としては、アロンソンとカールスミスの研究がある。4歳前後の幼児に特定の玩具で遊んではいけないと命じた場合、甘い罰の条件のとき、厳罰条件や誘惑なし条件のときよりも、禁止の内面化が進み遵守率が高かったという実験である。

齊藤勇編『対人社会心理学重要研究集5』（1988・誠信書房）66～67頁に要領よく紹介されている。とはいえ、

岡本浩一『社会心理学ショート・ショート』（1986・新曜社）67～72頁の方が遥かに分かりやすい。

榎博文『説得と影響—交渉のための社会心理学—』（2002・ブレーン出版）56～57頁は、この実験を紹介した後に、次のような著者自身の解釈を示している。

「私的態度と反する行動を報酬や罰をもって強制する（公的承諾を得る）、というよりそのような事態に投げ込まれた、といったほうがより正確な表現であるが、この方法は、人の態度変容をみるうえで非常に興味深い。この場合、態度変容を起こさせるための報酬や罰の量は、公的承諾を引き起こす最小限の量の方がよいのである。」

- (42) 第48回国会参議院法務委員会議録第23号（昭和40年5月25日）。

○稲葉誠一君 …禁錮というのは、何のために刑務所に入れるのですか。

○政府委員（津田實君） …少なくともそのこと自体の社会的非難は拘禁をすることであるということを示すということでありまして、そのことによって、…心理的に矯正される効果はあるかもしれないが、直接その犯人の心理内容に立ち入って外的に矯正的な手段を施すことはしない、こういう刑である、こういうふうに私は考えます。

- (43) 第48回国会衆議院法務委員会議録第26号（昭和40年5月7日）。

○政府委員（津田實君） …人命を無視するような態度で自動車を運転するということは、これ自体大体本来の性格の中に矯正すべきものがあるのではないか、したがって、そういう者に対しては懲役刑をもって臨んで、懲役としてこれを矯正するということはやはりそれに適応した処遇であろうと思うのでございます。これに反しまして、…たまたまの事故によって、重大な人身事故を起こしたという人につきましては、…本来の性格を矯正する必要がないので、ただ生活指導さえすればいいということになると思う…。

- (44) 第一回國會衆議院司法委員會議録第6号(昭和22年7月28日)76頁第4段。

○佐藤藤佐政府委員 また、重大なる過失による致死傷を業務上の過失によるものと同じく、重く處罰することにいたしましたのも、人身の保護をこの機會に一層厚くしようとしたものにほかなりません。

第一回國會參議院司法委員會議録第9号(昭和22年8月6日)4頁第1段。

○政府委員(國宗榮君) この趣旨は、やはり今日の新しい憲法の下におきまして、人の生命、身体等に対します保護を十分に厚くする必要があると考えましたので、かような規定を設けたのでございます。

- (45) 海保博之・田辺文也『ワードマップ ヒューマン・エラー』(1996・新曜社)86頁。

- (46) 西原春夫「過失犯と原因において自由な行為」『日沖憲郎博士還暦祝賀過失犯(1)』(1996・有斐閣)218~219頁参照。

「つまり、この場合に行為者の違反したところの注意義務は、一般的に言えば、『注意能力を失って』結果を惹起しないよう注意すべき義務であったということが出来るであろう。そして、原因において自由な行為の場合には、その『注意能力を失う』ことが『責任能力を失う』ことである点に、一般の過失犯と違った特色がある。」

- (47) 本間一也「過失犯と「原因において自由な行為」」『小暮得雄先生古希記念論文集罪と罰・非情にして人間的なるもの』(2005・信山社)所収 153~159頁参照。

「…「過失の原因において自由な行為」の可罰性は、過失犯の結果帰属構造と「原因において自由な行為」の帰属構造との類似性という観点から、一般的な過失犯の諸原則により基礎づけることが可能である。その限りでは、「過失の原因において自由な行為」という特殊な問題領域は不要である。」(161頁)。

- (48) 平野龍一『刑法概説』(1977・東京大学出版会)85頁。

- (49) 平野龍一『刑法概説』(1977・東京大学出版会)89頁。注(23)と同じ箇所。

- (50) 齋藤利和『アルコール性障害』(2006・新興医学出版社)14~15頁。

症候を機能局在に対応させると、“一応の説明がつく”というだけのことである。慢性の場合は、脳萎縮を伴うので、さらに説明の切れ味は鈍くなる。

- (51) 広島高裁判決昭和28・6・15(高等裁判所刑事判決特報31号17頁)。

泥酔して自動三輪車を操縦した事案である。

「更に所論は、原判決が心神耗弱の状況にある者の注意義務を正常な精神状態に在る者の注意力を標準として決定し、これに重過失を以て間擬しているのは



不当であると主張するけれども、注意義務は行為者に関係なく客観的に正常の精神状態に在る通常人を標準として定むべきものであって、被告人は当時この注意義務を果すことは可能であったから原判決が被告人に重過失の責任ありと認定したのは相当である。而して原判決は一面当時の被告人の精神状態を案じて斟酌による心神耗弱を認め責任能力の点から減軽を施したものであるから所論のような矛盾があるとは云えない。」

西原春夫『刑法総論改訂版（上巻）』（1993・成文堂）208頁注（1）は、この判例について、「結論は正当であるが、過失の構造をどのように解したかは明らかではない。」と評価している。

- (52) 松宮孝明『過失犯論の現代的課題』（2004・成文堂）363～364頁（2「不注意の意味」参照）。

関連するフレーズを抜き書きすると、次のようになる。

■…人間にとって、あるいは法にとって、絶対的な意味での「意思の緊張を欠く状態」は無意味である。

■〔不注意かどうかは〕「期待される注意」（＝注意義務）との関係で決まるものなのである。

■…「信頼の原則」…の意味するところは、…信頼できないものに注意を集中せよということでもある。…（三文略）…その意味で、「信頼の原則」というのは、「注意すべきところに注意を集中する」ことに資するものである…。

〔 〕内は、勝手に補ったフレーズである。

- (53) Andrew Kertesz [田川皓一＝峰松一夫監訳]『神経心理学の局在診断と画像診断』（1997・西村書店）538～539頁。

Joaquín M. Fuster [福居顯二監訳]『前頭前皮質』（2006・新興医学出版社）191～195頁〔注意と知覚〕。202～205頁〔プランニング〕。

- (54) 平野龍一『刑法 総論Ⅰ』（1972・有斐閣）206頁。

このような形で、行為者基準を徹底させることは出来ないと指摘する。

- (55) 小林憲太郎『刑法的帰責』（2007・弘文堂）56～58頁参照。

故意犯にも、予見可能性を要求する。予見可能性のない状況で、結果を表象・意欲していると云い得る事例を2つ挙げた上で、故意犯にも予見可能性は必要であると主張する。

- (56) 安田拓人『刑事責任能力の本質とその判断』（2006・弘文堂）103頁参照。

“行動する能力”の意味としては、以下の記述が参考になる。

「こうして、ドイツ法あるいはわが国の判例・通説の誤解を招く文言にもかかわらず、制御能力に関して問題であるのは、違法性の認識に従って行動する能力ではなく、違法性の認識に従った意思を形成する能力であると理解するのが妥当であると思われる。」